



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 0 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.T.A.M., en nombre y representación de M.S., S.L, por los daños causados por la no formalización del contrato adjudicado (EXP. 395/2015 ID)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, iniciado como consecuencia de la presentación de una reclamación de indemnización por daños que el afectado alega producidos por el funcionamiento servicio público.

2. Se solicita dictamen de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, modificado por Ley 5/2011, de 17 de marzo (LCCC). La petición ha sido realizada por el Sr. Consejero de Sanidad, de conformidad con el art. 12.3 LCCC.

3. Mediante el escrito de reclamación el afectado alega que, con fecha 18 de octubre de 2013, se le comunica la Orden nº 624, emitida por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias de fecha 16 de octubre de 2013, mediante la que desestima el recurso especial en materia de contratación administrativa interpuesto por la empresa S.I.C., S.A., contra la Orden nº 340 de 10 de junio de 2013 de la Consejera de Sanidad, y, en consecuencia, se confirma la adjudicación del expediente de contratación administrativa del Servicio de Vigilancia y Seguridad de

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

los Centros Dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria a la empresa M.S., S.L.

Posteriormente, se solicita a M.S., S.L. que acredite mediante los certificados correspondientes encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, así como la efectiva adscripción de los medios humanos y materiales que se hubiese comprometido a adscribir a la ejecución del contrato y formalice la garantía definitiva al efecto requerida.

Una vez formalizados los anteriores trámites, se comunica a la entidad S.I.C., S.A. la finalización del servicio a las 24:00 horas del día 24 de octubre de 2013, y se comunica a M.S., S.L. el inicio de la prestación del servicio a las 00:00 horas del día 25 de octubre de 2013, remitiéndose a M.S., S.L. el contrato de servicio para su devolución firmada a la Administración.

M.S., S.L. habilita una delegación de su empresa en Gran Canaria donde cita, uniforma y equipa al personal a subrogar y les facilita sus turnos de trabajo para las 00:00 horas del día 25.

Sin embargo, el día 23 de octubre de 2013 la citada entidad recibe comunicación expresa de no inicio de los servicios como consecuencia de un error y posible modificación de la Orden nº 624, que desestimaba el recurso especial en materia de contratación administrativa interpuesto contra la Orden nº 340.

La entidad M.S., S.L. considera que la situación descrita supuso una tardanza injustificada que imposibilitó la prestación del servicio con posterioridad, y que imputa al deficiente funcionamiento de la Administración Pública implicada, lo que le ha causado daños objetivos poniendo en peligro la continuidad de la empresa afectada, por lo que solicita del Servicio Canario de la Salud la cantidad que asciende a 429.000 euros. No obstante, en escrito posterior la citada entidad modifica la cuantía que reclama, solicitando ahora la cantidad de 1.966.267,61 euros por los daños soportados.

4. En el análisis a efectuar es de aplicación tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Asimismo resulta, específicamente, de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

II

1. En relación al desarrollo procedimental se observan los siguientes trámites administrativos efectuados:

Primero. El interesado, presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 2 de octubre de 2014 en las dependencias de la Gerencia del Área de Salud de Fuerteventura del Servicio Canario de la Salud, dirigida a la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias.

Segundo. Con fecha 22 de enero de 2015, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud notificó al interesado solicitándole la mejora de la reclamación formulada, de conformidad con lo establecido en los arts. 70 y 71 LRJAP-PAC y del art. 6 RPAPRP. En fecha 2 de febrero de 2015, el interesado aporta la documentación solicitada.

Tercero. En fecha 16 de febrero de 2015, mediante Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa y se solicita informe preceptivo a la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria. La resolución se notifica al interesado oportunamente el día 23 de febrero de 2015.

En consecuencia, el día 4 de marzo de 2015 (validado el día 5 de marzo de 2015), es recabado el informe preceptivo solicitado a la citada Gerencia.

Cuarto. El 13 de marzo de 2015, se solicita informe complementario a la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria, así como la documentación relativa al expediente de contratación citado. Con fecha 8 de abril de 2015, se recibe la antedicha documentación requerida.

Quinto. En fecha 15 de abril de 2015, se dicta Acuerdo probatorio, admitiendo la valoración de las pruebas documentales propuestas. Estas son: el expediente de contratación administrativa, propuesto por el interesado y por la Administración, y los informes de la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria, de 4 de marzo y de 8 de abril de 2015. Dicho Acuerdo se notifica al interesado correctamente con fecha 21 de abril de 2015.

Sexto. En fecha 16 de abril de 2015, se concede el preceptivo trámite de vista y audiencia del expediente, practicando la notificación oportuna al interesado el 22 de abril de 2015, y aunque este accedió al expediente retirando determinada documentación, no presentó alegación alguna al respecto.

Séptimo. En fecha 18 de septiembre de 2015, es emitida la Propuesta de Resolución, previamente informada con carácter favorable por el Servicio Jurídico el día 30 de julio de 2015, de acuerdo con el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero.

2. Por tanto, concurriendo aquí los requisitos exigidos por la normativa aplicable para poder entrar en el fondo del asunto planteado, procede la emisión del dictamen solicitado por el Consejero de Sanidad.

III

1. Con fecha 18 de febrero de 2013, mediante Orden nº 112, la Consejera de Sanidad dispuso iniciar el procedimiento de contratación.

En la fase de licitación del procedimiento, en la calificación de las empresas presentadas resultaron admitidas S.I.C., S.A. y M.S., S.L. Sin embargo, la empresa S.I.C., S.A. presentó escrito alegando que la documentación presentada por la otra entidad S.M., S.L. no era completa, pues debía aportar la preceptiva habilitación para desempeñar las actividades propias del contrato, adjuntando a efectos probatorios informe del Ministerio de Interior que, entre otros, acredita que la entidad S.I.C., S.A. está inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad y autorizada para ejercer determinadas actividades. En consecuencia, en fecha 13 de mayo de 2013, se recabó informe técnico solicitado por la Mesa de contratación, que concluía que el informe del Ministerio de Interior podía ser interpretado de forma distinta, sin perjuicio de que sea el Servicio Jurídico el que deba confirmar dicha interpretación.

En fecha 24 de mayo de 2013, la Mesa de Contratación admite a la licitación a la entidad M.S., S.L., acordando por unanimidad proponer la adjudicación del contrato a favor de M.S., S.L. (folios del expediente 127 y ss.).

Por otra parte, la entidad M.S., S.L. aporta certificado de contratación con Administraciones Públicas de carácter positivo, de fecha 6 de marzo de 2013, con una validez de seis meses a contar desde la citada fecha. Asimismo, aporta certificado acreditativo de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones

tributarias, con validez de 12 meses contados desde la fecha de su expedición, siendo esta el 9 de enero de 2013, y certificado sobre impuesto de actividades económicas de 4 de febrero de 2013. También obra en el expediente certificado de situación de cotización indicando que en la fecha 29 de mayo de 2013 no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Igualmente, aporta la interesada informe del Ministerio de Interior indicando que la citada empresa está autorizada e inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad.

En fecha 4 de junio de 2013, la Consejera de Sanidad emite Orden nº 340, por la que se establece la adjudicación del expediente de contratación administrativa del Servicio de Vigilancia y Protección para los Centro Dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria a favor de la empresa M.S., S.L., excluyendo de la licitación a la entidad S.I.C., S.A. por incumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas en el pliego del contrato.

2. En consecuencia, el 12 de junio de 2013, la entidad S.I.C., S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación administrativa contra la Orden de adjudicación de 4 de junio de 2013 (Orden nº 340), interesando la adopción de medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato hasta que se resuelva el recurso planteado. El 16 de octubre de 2013, mediante Orden nº 624 emitida por la Consejera de Sanidad se desestimó el recurso especial en materia de contratación administrativa.

3. En relación a las comunicaciones electrónicas practicadas por la Administración se observa lo siguiente:

- El día 18 de octubre de 2013, se comunica mediante dicha vía a la empresa M.S., S.L. «Contrato Servicio de Vigilancia y protección P.A. 09-12 Gerencia de Atención Primaria Área de Salud de Gran Canaria», remitiendo contrato y pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, con el ruego de que los devuelvan firmados (en todas sus hojas y por duplicado).

- En fecha 18 de octubre de 2013, la citada Gerencia comunica «Urgente notificación de finalización de Servicios», a la entidad S.I.C., S.A., indicando que deberá dejar de prestar el servicio a las 24:00 horas del jueves 24 de octubre de 2013, día y hora en que entrará a prestar sus servicios la nueva empresa adjudicataria.

- En fecha 22 de octubre de 2013, la Secretaria General Técnica solicita de la Gerencia de Atención Primaria aclaración sobre la información recibida en dicha Secretaria el 21 de octubre de 2013, en relación con la Orden nº 624.

- En fecha 23 de octubre de 2013, la citada Gerencia comunica vía electrónica a la empresa M.S., S.L. el «no inicio de los Servicios de Vigilancia y Protección», por posible error y consecuente modificación, indicando que «(...) deja sin efecto la comunicación realizada el 17 de octubre de 2013, por la que se informaba a la empresa M.S., S.L. el inicio del servicio de vigilancia y seguridad de los Centros dependientes de la Gerencia (...) a las 00:00 horas del viernes 25 de octubre de 2013».

- En fecha 12 de diciembre de 2013, la Consejera de Sanidad emite Orden nº 814, mediante la que convalida y subsana el error producido en la Orden nº 624. Asimismo, conserva los restantes hechos, actos, trámites y fundamentos inalterados como consecuencia de no haberles afectado el error que sería convalidado.

- El 24 de enero de 2014, se notificó a la empresa M.S., S.L. la Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias núm. 841, por la que se convalidó el error detectado en el Fundamento de Derecho VI de la Orden nº 624, de 15 de octubre de 2013, que desestima el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por el representante legal de la empresa S.I.C., S.A.

4. Por otra parte, en fecha 7 de agosto de 2014, la referida Gerencia remite Decreto de fecha 22 de julio de 2014, dictado por la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, seguido a instancia de la entidad S.I.C., S.A., por el que acuerda declarar terminado el procedimiento y ordena el archivo por desistimiento. Igualmente, obra escrito de la Gerencia mediante el que remite oficio del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera de Las Palmas de Gran Canaria, acordando el archivo de las actuaciones seguidas a instancia de la empresa.

5. En consecuencia, con fechas 7 y 13 de agosto de 2014, la citada Gerencia de Atención Primaria requiere de la empresa M.S., S.L., al ser la adjudicataria del contrato, que aporte documentación y certificados antedichos actualizados. Sin embargo, el 22 de agosto de 2014, M.S., S.L. presenta escrito comunicando la imposibilidad de presentar la totalidad de la documentación requerida, solicitando ampliación de plazo, e indica, entre otros, «en el momento de la firma del contrato (...) acreditó toda la documentación necesaria para la formalización del mismo, incluida la efectiva adscripción de los medios ofertados, firmó el contrato, cuya

copia se adjunta, uniformó a la totalidad del personal subrogable relacionado en el pliego y recibió comunicación de no inicio de los servicios 24 horas antes del comienzo del contrato».

6. En consecuencia, el 26 de septiembre de 2014, la Consejera de Sanidad emite Orden, en aplicación del art. 151.2 TRLCSP, por la que declara desierto el expediente de contratación administrativa del Servicio de Vigilancia y Protección de los Centros Dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Gran Canaria, al incurrir M.S., S.L. en determinadas prohibiciones para contratar con el sector público.

IV

1. En resumen, el interesado alega que fue la entidad M.S., S.L. la adjudicataria del contrato relativo al Servicio de Vigilancia y Protección de los Centros Dependientes de la Gerencia de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria; que tal contrato existió desde la fecha 25 de octubre de 2013 y fue suscrito entre la Consejería de Sanidad y la empresa M.S., S.L.; que no fue resuelto, rescindido, ni declarado nulo o ineficaz, por lo que entiende que ha desplegado su eficacia durante el tiempo en que el mismo estuvo en vigor, entre el 25 de octubre de 2013 y el 24 de septiembre de 2014. Por dicha razón, alega que el hecho de que no haya prestado los servicios contratados es como consecuencia de circunstancias ajenas a dicha empresa, y que, concretamente, imputa el daño presuntamente recibido al mal funcionamiento de la Administración implicada al haber contratado unos servicios y después haber impedido a la adjudicataria la realización de los mismos.

2. La Propuesta de Resolución, en su Fundamento de Derecho 3º, indebidamente atribuye la competencia para resolver al Director del Servicio Canario de la Salud, pues la competencia para resolver la presente reclamación no puede atribuírsele a tal órgano administrativo, ya que según el art. 60.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, sólo le correspondería si se hubiere tratado de una acción del servicio sanitario. En este caso ha de resolver el Consejero de Sanidad, órgano de contratación en este caso, y de cuya actividad habría derivado la responsabilidad administrativa de serle atribuible.

3. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación al considerar que no se aprecia en este caso la existencia de responsabilidad patrimonial, por “la adecuada actuación de la Administración Pública en la tramitación del procedimiento de contratación administrativa” (Fundamento de Derecho 4º).

4. En relación con la documentación relativa al expediente de contratación citado, se observa, en efecto, que el contrato no se llegó a formalizar, y que, por lo tanto, no llegó a desplegar sus efectos en momento alguno.

No obstante, procede considerar si del acopio de recursos materiales y de la eventual contratación de personal para ejecutar el contrato pudo haberse derivado un daño a la contratista, independientemente de si el contrato hubiere llegado o no a formalizarse. Pues bien, del expediente se deduce que no se probó por la reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba, la existencia y cuantía de tal daño, por lo que no cabe deducir de ello responsabilidad alguna para la Administración. Pero es que, incluso de haberse probado el daño, tampoco resultaría imputable a la Administración, pues en este caso la reclamante tiene el deber jurídico de soportarlo, al derivar la suspensión de la contratación de una expresa determinación legal. Efectivamente, el interesado no debería ignorar el efecto que produjo la presentación del recurso especial en la tramitación del expediente administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 43 y 45 TRLCSP. Este último artículo literalmente indica: «Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación». El mismo efecto suspensivo fue aplicado como consecuencia de los posteriores recursos contenciosos-administrativos, que impedían la ejecución inmediata de las resoluciones administrativas recurridas, conforme a lo dispuesto en el apartado d) de la disposición transitoria séptima del TRLCSP.

Por tanto, la tardanza que explicamos no se debió al deficiente funcionamiento de la Administración implicada sino que, por el contrario, fue consecuencia del cumplimiento de la normativa vigente relativa a los casos en que ha de aplicarse la suspensión, y que está prevista, entre otros, para evitar un mal mayor como es causar un daño al interés general.

5. Por lo demás, hemos también de traer a colación que, resuelto el recurso especial, la Administración solicitó a M.S., S.L. la documentación que acreditase estar al corriente de sus obligaciones tributarias así como con la Seguridad Social, ya que los certificados que el interesado había aportado con anterioridad estaban incursos en caducidad, no aportando el propio interesado a *posteriori* la documentación requerida. Por lo que, evidentemente, el propio interesado está incurso, aunque de forma sobrevenida, en una de las prohibiciones para contratar (art. 60 TRLCSP), razón por la que finalmente, en virtud de la Orden de la Consejera de Sanidad, se declaró desierto el procedimiento de contratación.

6. Por las razones expresadas, solo cabe concluir que en el caso planteado el interesado no ha llegado a acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar siquiera la existencia de un daño, por lo que no procede imputar responsabilidad alguna a la Administración Pública frente a la que se reclama.

C O N C L U S I O N E S

1. En primer lugar, procede que resuelva el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias este procedimiento.

2. La Propuesta de Resolución sometida a dictamen, que desestima la reclamación formulada por el representante legal de la entidad M.S., S.L., se considera conforme a Derecho, por no apreciarse en ella la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.